ПБ
10
Е - 52
Еллинекс.
Борьба старого права с новым
М, 1908 г.

ПЪ
10
Е 52

Георгъ Еллинекъ

БОРЬБА СТАРАГО ПРАВА СЪ НОВЫМЪ

Переводъ съ нѣмецкаго Р. К. Ч.

Съ вступительной статьей
проф. А. С. АЛЕКСѢЕВА

К-во Заратустра
Москва
1908

21565/80 м
ПБ
10
Е52

Георгъ Еллинекъ

Куплено

БОРЬБА СТАРАГО ПРАВА СЪ НОВЫМЪ

Переводъ съ нѣмецкаго Р. К. Ч.

Съ вступительной статьей
проф. А. С. АЛЕКСѢЕВА

2023/3
Р. С. Ф. С. Р.
БИБЛИОТЕКА
Народнаго Комиссариата
по просвещению.

К-во Заратустра
Москва
1908

БИБЛИОТЕКА
ИНСТИТУТА КРАСН. ПРОФЕССУРЫ
№

ГОСУДАРСТВЕННАЯ
ПУБЛИЧНАЯ ИСТОРИЧЕСКАЯ
БИБЛИОТЕКА РОССИИ

Типо литографія Т-ва И. Н. КУШНЕРЕВЪ и К°. Пименовская ул., соб. д.
Москва — 1908.

Новая книга Еллинека „Der Kampf des alten mit dem neuen Recht“, касаясь вопроса о борьбѣ стараго государственнаго строя съ новымъ, представляетъ для русскаго читателя высокій интересъ не только по важности и новизнѣ затронутой въ ней темы, но и въ виду того отношенія, въ которомъ эта тема стоитъ къ переживаемому нашей страной политическому кризису.

Еллинекъ, говоря о борьбѣ стараго права съ новымъ, останавливается подробнѣе на томъ періодѣ въ жизни современнаго государства, который характеризуется переходомъ отъ абсолютнаго строя къ конституціонному, при чемъ съ особеннымъ вниманіемъ подвергаетъ разбору ту политическую доктрину, при помощи которой приверженцы стараго порядка пытаются сохранить пережитки самодержавнаго строя. Онъ показываетъ, что эти попытки, орудуя понятіями и представленіями отжившей эпохи, безсильны воскресить учрежденія, проникнутыя идеями, отошедшими за предѣлы умственнаго кругозора современнаго человѣка. Мысли и соображенія, которыя онъ при этомъ высказываетъ, глубоко назидательны для русскаго читателя и должны ободрить тѣхъ, которые, взирая на внѣшніе успѣхи политической реакціи, отчаиваются увидать скорый просвѣтъ въ политическихъ сумеркахъ, легшихъ въ наши дни тяжелой пеленой на русскую землю.

Переходъ отъ абсолютнаго строя къ конституціонному, по мнѣнію Еллинека, неизбѣженъ для всякаго народа, который пріобщенъ къ современной культурѣ, и общество, которое, въ силу проникнувшихъ въ него просвѣтительныхъ идей, разъ перешагнуло рубежъ стараго строя, никогда болѣе къ нему не вернется: никакая власть, какими бы принудительными средствами она ни обладала, не въ силахъ вытравить эти идеи и поддержать строй, не вяжущійся съ представленіями и принципами, внѣдрившимися въ общественное сознаніе. Можно указами и приказами временно парализовать функціонированіе конституціоннаго строя, но нельзя этими актами упразднить понятія и представленія, которыя являются необходимыми требованіями данной культурной эпохи и органическими элементами духовнаго капитала, накопленнаго умственной работой поколѣній и составляющаго неотъемлемое достояніе мыслящей части общества...

Новая книга Еллинека не только интересна своей темой и цѣнна своими выводами, она обладаетъ и всѣми другими достоинствами, которыя дѣлаютъ чтеніе его произведеній столь привлекательными и поучительными.

Необыкновенная отзывчивость къ новымъ явленіямъ общественной жизни, умѣнье раскрыть ихъ внутренній смыслъ и поставить ихъ въ связь съ общимъ наступательнымъ движеніемъ человѣчества, широта и непредубѣжденность его взглядовъ, ихъ оригинальность и смѣлость — всѣ эти достоинства нѣмецкаго ученаго обнаруживаются и въ его послѣдней работѣ, скромной по своему объему, но необыкновенно глубокой по своему содержанію и чрезвычайно богатой новыми точками зрѣнія.

Если въ изслѣдованіяхъ первой половины своей научной дѣятельности Еллинекъ изучалъ главнымъ обра-

зомъ государственный строй въ его статикѣ и выступалъ по преимуществу юристомъ-догматикомъ, то въ послѣднихъ своихъ трудахъ онъ обращаетъ особенное вниманіе на динамику политическаго быта и изучаетъ тѣ условія, которыя опредѣляютъ измѣненія въ институтахъ публичнаго права, и тѣ формы, въ которыхъ эти измѣненія происходятъ. Изучая эволюцію политическихъ учрежденій, онъ не останавливается на внѣшнихъ перемѣнахъ, выражающихся въ замѣнѣ старыхъ законовъ новыми, а проникаетъ въ глубь этого историческаго процесса и раскрываетъ тѣ перемѣны въ юридическихъ понятіяхъ и представленіяхъ, которыя, сохраняя внѣшніе покровы учрежденій, измѣняютъ ихъ внутренній смыслъ и нерѣдко радикально, хотя подчасъ и незамѣтно для невооруженнаго глаза, перестраиваютъ политическій строй государства. Знакомя насъ съ этимъ внутреннимъ процессомъ правообразованія, Еллинекъ предостерегаетъ отъ излишняго довѣрія къ формуламъ офиціальнаго права и учитъ насъ не придавать преувеличеннаго значенія опредѣленіямъ, фигурирующимъ въ конституціонныхъ хартіяхъ и весьма часто дающихъ совершенно превратное представленіе о дѣйствующемъ правѣ. Формальному праву онъ противупоставляетъ право живое, то право, которое коренится въ сознаніи народа и которое пробиваетъ себѣ дорогу сквозь обветшалые покровы стараго порядка помимо, а нерѣдко и вопреки положительному закону.

Этой проблемѣ посвящена его книга „Verfassungsänderungen und Verfassungs-wandlungen“, вышедшая въ 1907 г. И въ кругу тѣхъ же идей вращается и его послѣдняя работа.

Ея основная мысль заключается въ томъ, что въ жизни государства никогда не прерывается борьба новаго права со старымъ, и что нѣтъ такого момента

въ политическомъ развитіи, когда признанный офиціально правопорядокъ господствовалъ бы безспорно и единодержавно. Эта борьба то утихаетъ, то заостряется, но она никогда не прекращается. Отходящій въ прошлое правопорядокъ уступаетъ мѣсто новому лишь частично и постепенно, и отдѣльныя его учрежденія продолжаютъ жить и при новомъ строѣ. Когда же этотъ послѣдній окончательно складывается и повидимому получаетъ общее признаніе, его уже сторожатъ новыя идеи и представленія, которыя вступаютъ съ нимъ въ борьбу и подготовляютъ зарожденіе грядущаго строя, идущаго ему на смѣну. Ни одинъ правопорядокъ, какимъ бы совершеннымъ и устойчивымъ онъ ни казался, не представляетъ собою законченнаго цѣлаго. Какимъ бы незыблемымъ онъ въ офиціальныхъ актахъ ни провозглашался, онъ всегда кроетъ въ себѣ пробѣлы, открывающіе просторъ новому правообразованію; всегда въ немъ обнаруживаются бреши, образующіяся подъ напоромъ новыхъ нуждъ и новыхъ идей, бреши, черезъ которыя просачиваются и новыя правовыя понятія, подтачивающія существующій строй. И какъ бы законодательная машина хорошо организована ни была, какъ бы она быстро и успѣшно ни работала, она все же не въ силахъ поспѣвать за вновь нарождающимися запросами и остановить тотъ процессъ правообразованія, который совершается помимо офиціальныхъ органовъ законотворчества.

Бываютъ эпохи въ жизни государства, когда существующему правопорядку, воплощенному въ законахъ, противустоятъ лишь стремящіеся къ признанію новые правовые принципы, когда, другими словами, стоятъ другъ противъ друга старые законы съ одной стороны и новыя идеи съ другой. Но бываютъ и такіе періоды политическаго развитія, когда въ государствѣ совмѣстно существуютъ два офиціально признанныхъ правопо-

рядка, изъ которыхъ одинъ воплощаетъ принципы отжившей эпохи, а другой построенъ на новыхъ началахъ *. Въ такіе періоды государство живетъ какъ бы двойною жизнью: оно не объединяетъ народныя силы для общей работы на благо цѣлаго, а представляетъ арену для борьбы между двумя принципіально разнородными правосозерцаніями, разъединяющими общественныя силы и вносящими въ страну смуту и раздоръ. Такіе конфликты пережили многія государства въ первую эпоху своей конституціонной жизни. Эти конфликты, какъ это вѣрно отмѣчаетъ Еллинекъ, получаютъ особенно острый характеръ въ тѣхъ странахъ, въ которыхъ сложилась сильная монархическая власть. Эта власть, вынужденная дѣлать уступки политическимъ идеямъ времени, оказывается, однако, достаточно сильною, чтобы сохранить за собою цѣлый рядъ существенныхъ прерогативъ, при помощи которыхъ она, оправившись отъ перваго натиска общественнаго движенія, пытается примѣнять къ новому строю старые пріемы властвованія и возстановить административную практику самодержавнаго строя. Еллинекъ напоминаетъ тѣ противозаконные акты монарховъ, которыми были ознаменованы первые годы конституціонной жизни Австріи, Пруссіи, Португаліи, и которые на долгіе годы затормозили развитіе правового строя въ этихъ государствахъ. Такія же явленія,

---

* Что такой періодъ переживаетъ и современная Россія, признаетъ предсѣдатель совѣта министровъ П. А. Столыпинъ, который въ прочитанномъ имъ въ Государственной Думѣ 6 марта 1907 года заявленіи весьма ярко подчеркнулъ существованіе у насъ двухъ системъ законодательства, основанныхъ на разнорѣчивыхъ принципахъ. Въ этомъ заявленіи мы между прочимъ читаемъ: „Жизнь будетъ постоянно порождать столкновенія *между новыми основами общественности и государственности, получившими одобреніе монарха, и старыми установленіями и законами, находящимися съ ними въ противорѣчіи или не обнимающими новыя требованія законодателя...*“

вызванныя аналогичными условіями, можно усмотрѣть и въ современной политической жизни Россіи. Въ ней съ одной стороны, существуютъ законы, построенные на конституціонныхъ началахъ, а съ другой, продолжаютъ дѣйствовать порядки, сложившіеся на почвѣ самодержавнаго строя, и власть издавшая манифестъ 17 октября и основные законы 23 апрѣля, сама же парализуетъ ихъ примѣненіе, вступя на путь, отмѣченный роспускомъ первой и второй Думы и закономъ 3 іюня.

Сущность борьбы между старымъ и новымъ порядкомъ, примѣръ которой представляетъ собою переживаемый нашей страной кризисъ, заключается не столько въ сосуществованіи двухъ разнородныхъ системъ законодательства, сколько въ борьбѣ тѣхъ идей, которыя возростили эти законодательства. Если бы борьба сводилась только къ разнорѣчію законовъ, то этотъ формальный конфликтъ можно было бы разрѣшить тѣми техническими средствами, которыми располагаетъ любая законодательная машина. Но въ той борьбѣ, о которой идетъ рѣчь, не законъ стоитъ противъ закона, а идея противъ идеи; здѣсь сталкиваются не только двѣ различныя системы законодательства, а два различныхъ идейныхъ міра, принадлежащихъ къ двумъ различнымъ культурнымъ эпохамъ.

Этого не хотятъ понять тѣ ученые публицисты, которые берутся за неразрѣшимую задачу своими теоріями примирить принципы абсолютнаго строя съ началами правового порядка, и съ этой цѣлью вводятъ въ свои искусственныя построенія разнородныя исключающія другъ друга представленія и истолковываютъ конституціонное государство при помощи понятій, заимствованныхъ изъ политическаго катехизиса отжившей эпохи.

Однимъ изъ такихъ понятій является понятіе мо-

нарха *божьей милостью*. Ученые, пользующіеся этимъ понятіемъ для объясненія исключительнаго положенія главы государства въ конституціонномъ государствѣ, по справедливому замѣчанію Еллинека, забываютъ, что въ политическомъ мірѣ современной культуры, объединяющемъ общими правовыми принципами и монархіи и демократіи, нѣтъ мѣста властителю, оправдывающему безусловность власти, на которую онъ притязаетъ, ея божественнымъ происхожденіемъ; нѣтъ простора монарху, который, тяготясь подчиненіемъ суровому игу закона, объявляетъ себя подчиненнымъ только сладкому игу божественной милости. Если такія понятія еще находятъ себѣ защитниковъ въ наши дни, то Еллинекъ можетъ объяснить это только тѣмъ, что и среди современныхъ ученыхъ встрѣчаются люди, не умѣющіе соблюдать ту границу, которая во имя достоинства науки должна рѣзко отдѣлять ученую литературу отъ офиціозной публицистики...

Какъ непримѣнимо къ юридической конституціи современнаго государства понятіе монарха божіей милостью, такъ и не вяжется съ ней доктрина, которая учитъ, что и при правовомъ строѣ монархъ сохраняетъ всю полноту суверенитета и дарованной имъ конституціей лишь ограничиваетъ себя въ осуществленіи своей самодержавной власти.

Эта доктрина въ корнѣ подрываетъ правовой строй конституціоннаго государства. Въ самомъ дѣлѣ, если мыслить монарха обладателемъ всей субстанціей верховной власти, то нѣтъ основанія признавать его ограниченнымъ участіемъ другихъ факторовъ въ осуществленіи этой власти. Во имя того суверенитета, въ силу котораго монархъ при старомъ порядкѣ присвоивалъ себѣ полномочія феодальныхъ владѣльцевъ, во имя того же суверенитета, сохранившагося за нимъ по этой доктринѣ и при новомъ порядкѣ, онъ можетъ

взять назадъ права, предоставленныя конституціей народному представительству.

Съ точки зрѣнія разсматриваемаго ученія для конституціоннаго монарха не существуетъ юридическихъ границъ: его полновластіе, исключающее связанность закономъ, можетъ находить себѣ сдержку лишь въ требованіяхъ этики и въ соображеніяхъ политической цѣлесообразности. Но такія сдержки существовали и для абсолютнаго монарха и, принимая ученіе о полновластіи главы государства въ конституціонной монархіи, приходится отказываться отъ попытки установить принципіальное различіе между абсолютнымъ строемъ и строемъ правовымъ.

Писатели, которые утверждаютъ, что монархъ въ конституціонномъ государствѣ продолжаетъ быть носителемъ верховной власти, и вмѣстѣ съ тѣмъ признаютъ его въ извѣстной сферѣ государственной дѣятельности связаннымъ закономъ, впадаютъ въ непримиримыя противорѣчія. Нельзя монарха мыслить одновременно и стоящимъ надъ правомъ и подчиненнымъ ему, и творцомъ закона и слугою его. Одно изъ двухъ: или конституціонный монархъ обладаетъ верховной властью—и тогда онъ закономъ, исходящимъ отъ него, какъ суверена, связанъ быть не можетъ и во всякое время властенъ отмѣнить его. Или же онъ ограниченъ закономъ—и тогда онъ перестаетъ обладать верховной властью и становится органомъ государства, полномочія котораго находятъ въ законѣ свой конечный предѣлъ и свое послѣднее основаніе.

Абсолютное государство предполагаетъ воззрѣніе на право, рѣзко отличное отъ того пониманія права, на которомъ покоится конституціонный строй.

Въ неограниченной монархіи право можетъ мыслиться не иначе какъ совокупностью правилъ, предписанныхъ господствующей въ государствѣ волей. Въ ней нѣтъ

мѣста самостоятельному авторитету права, ибо такой авторитетъ подчинилъ бы себѣ и монарха, а этимъ было бы нарушено основное начало абсолютнаго государства, жизненный нервъ самодержавія—несвязанность монарха закономъ. Абсолютный строй несовмѣстимъ съ признаніемъ верховнаго авторитета права и его независимости отъ свободной личной воли монарха. Право играетъ тутъ служебную роль и является ничѣмъ инымъ, какъ орудіемъ личнаго господства, техническимъ средствомъ, которое упрощаетъ и облегчаетъ монарху управленіе государствомъ. Право, какъ такое вспомогательное орудіе, можетъ быть свободно видоизмѣнено и по произволу приноровлено къ преходящимъ потребностямъ властвованія. Имъ пользуются, пока оно удобно и соотвѣтствуетъ „видамъ и предположеніямъ правительства“; его отбрасываютъ въ сторону, когда оно стѣсняетъ, когда оно является слишкомъ тяжеловѣснымъ апаратомъ, тормозящимъ „быстроту“ и „энергію“ правительственной дѣятельности. Въ монархіи стараго порядка верховнымъ началомъ является не право, а личная воля монарха. Сущность ея выражается словами прусскаго короля: Ich bin doch Herr und König. Sic volo sic jubeo.

Въ конституціонномъ государствѣ воззрѣніе на право радикально мѣняется. Въ немъ полномочія всѣхъ носителей власти, какъ бы высоко они ни стояли, признаются основанными на законѣ, опредѣляющемъ порядокъ ихъ призванія, форму и границы ихъ дѣятельности. Верховная власть разсматривается какъ совокупность полномочій, объединенныхъ въ единство ихъ одинаковымъ подчиненіемъ закону. Такое пониманіе государственной власти исключаетъ воззрѣніе на нее, какъ на источникъ и на творца права. Слуга закона не можетъ быть его господиномъ. Право получаетъ

самостоятельный авторитетъ, независимый отъ преходящей воли данныхъ носителей власти. Авторитетъ юридическихъ нормъ признается основаннымъ на ихъ согласованности съ правовыми идеями, коренящимися въ народномъ сознаніи, и на ихъ солидарности съ этическими требованіями, живущими въ обществѣ. Процессъ правообразованія, по этому воззрѣнію, не сводится къ работѣ законодательной машины, а происходитъ въ нѣдрахъ народной совѣсти. Онъ является сложнымъ процессомъ соціальной психики. Органы государства, призванные существующимъ правопорядкомъ къ законодательной дѣятельности, не творятъ право, а находятъ его. Изучая отношенія, сложившіяся въ жизни, и оцѣнивая ихъ съ точки зрѣнія идей, опредѣляющихъ правосозерцаніе народа, они выводятъ правила, регулирующія эти отношенія въ согласіи съ этими идеями. Правовое содержаніе законовъ не зависитъ отъ отдѣльныхъ лицъ, облеченныхъ политическими полномочіями; лишь та техническая работа, которая облекаетъ это содержаніе въ формальныя опредѣленія и приспособляетъ ихъ къ практическому осуществленію и примѣненію, исходитъ отъ нихъ. Эти два элемента всякой юридической нормы—элементъ матеріальный и элементъ формальный — опредѣляютъ распредѣленіе законодательныхъ функцій между различными законодательными органами. Техническая разработка законовъ—дѣло отдѣльныхъ лицъ, обладающихъ соотвѣтственными познаніями и спеціальной подготовкой: она поэтому и выпадаетъ по преимуществу на долю правительственныхъ органовъ. Этическій же элементъ правообразованія лежитъ за предѣлами индивидуальной дѣятельности и находитъ свой источникъ въ идеяхъ и принципахъ, въ данную культурную эпоху проникающихъ общественное сознаніе. Ихъ проводникомъ является народное представитель-

ство, призванное отражать и выражать народное правосозерцаніе. И народное представительство не творитъ права, а является лишь посредникомъ между убѣжденіями и идеалами, сложившимися въ обществѣ, и той индивидуальной дѣятельностью, которая облекаетъ ихъ въ опредѣленныя формулы и конкретныя нормы. Государственные органы, участвующіе въ законодательной дѣятельности—парламентъ, министры, монархъ, права не создаютъ, а лишь раскрываютъ и обнаруживаютъ его; они, далѣе, облекаютъ его въ форму предписаній и ставятъ эти предписанія подъ охрану и защиту того принудительнаго апарата, которымъ располагаетъ государство. Обязательность этихъ предписаній обусловливается не авторитетомъ тѣхъ лицъ, которыя ихъ формулируютъ, а авторитетомъ того права, которое уполномочиваетъ этихъ лицъ издавать эти предписанія, и авторитетомъ того права, которое эти предписанія содержатъ.

Съ точки зрѣнія такого воззрѣнія на право находитъ себѣ объясненіе и оправданіе тотъ основной принципъ конституціоннаго строя, по которому верховному авторитету права одинаково подчинены всѣ члены государства, какое бы высокое положеніе они въ немъ ни занимали и какими бы широкими полномочіями они облечены ни были.

И только такое воззрѣніе на право можетъ дать почву юридической конструкціи, которая обезпечила бы за народнымъ представительствомъ подобающее ему мѣсто среди государственныхъ органовъ.

При воззрѣніи на право какъ на совокупность нормъ, предписанныхъ господствующей въ государствѣ волей, т. е. волей монарха, народное представительство низводилось на степень учрежденія, компетенція да и самое существованіе котораго находилось въ полной зависимости отъ этой воли. Народное представитель-

ство по своей юридической природѣ ничѣмъ не отличалось отъ тѣхъ коллегій эпохи абсолютизма, полномочія которыхъ монархъ могъ по своему усмотрѣнію видоизмѣнять, расширяя ихъ или суживая, или совсѣмъ упраздняя. Оно, въ лучшемъ случаѣ, являлось собраніемъ свѣдущихъ людей, подающихъ свои заключенія по отдѣльнымъ вопросамъ законодательства, содѣйствующія монарху постановлять свои властныя рѣшенія.

Съ тѣхъ же поръ, какъ законъ не разсматривается болѣе какъ предписаніе воли монарха и къ нему предъявляется требованіе быть выразителемъ общественнаго правосознанія, народное представительство, какъ проводникъ и истолкователь этого правосознанія, возвышается на степень властнаго фактора въ политической жизни народа и отвоевываетъ себѣ первенствующее мѣсто среди верховныхъ органовъ государства.

Сущность различія между абсолютнымъ государствомъ и правовымъ строемъ заключается, такимъ образомъ, не въ различіи ихъ внѣшняго устройства, а въ различіи тѣхъ юридическихъ концепцій, на которыхъ они покоятся. И борьба между абсолютизмомъ и конституціонализмомъ не есть борьба между двумя различными системами законодательства, а, какъ мы уже сказали выше, борьба между двумя системами идей. И эту борьбу рѣшитъ не внѣшняя сила, а внутренняя цѣнность этихъ идей. Эта же цѣнность идей опредѣляется не ихъ старшинствомъ, исчисляемымъ количествомъ пережитыхъ ими лѣтъ, не числомъ ихъ приверженцевъ, не цѣлесообразностью ихъ примѣненія къ жизни, а ихъ солидарностью съ тѣмъ духовнымъ фондомъ, которому современное человѣчество обязано своей культурой.

Наши юридическія понятія не живутъ въ насъ изолированно отъ другихъ нашихъ идей и представленій,

а тѣсно съ ними переплетаются и образуютъ съ ними одно органически связанное цѣлое. Мыслящій человѣкъ не можетъ своимъ міросозерцаніемъ и своими этическими идеями быть сыномъ XX столѣтія, а своими правовыми идеями принадлежать къ отжившей эпохѣ. Нельзя писать на своемъ знамени начала Манифеста 17 Октября и одновременно привѣтствовать законъ 3 Іюня и вступать въ союзъ съ тѣми темными силами, которыя пытаются возродить отошедшій въ прошлое абсолютный строй. И если находятся не только отдѣльные люди, но и цѣлыя партіи, которыя совмѣщаютъ въ своемъ политическомъ credo такія несовмѣстимыя начала, то это обнаруживаетъ лишь ихъ умственное безсиліе и ихъ духовную немощь.

И не имъ, конечно, одержать верхъ въ той борьбѣ политическихъ идей, которую переживаетъ современная Россія. Въ этой борьбѣ побѣда останется за тѣми, которые своими правовыми и политическими принципами солидарны съ культурными идеалами современнаго человѣчества. Эта увѣренность и даетъ намъ право бодро смотрѣть въ будущее и не отчаиваться въ скоромъ наступленіи и для нашей страны того времени, когда культъ силы уступитъ мѣсто культу права и личная власть безропотно склонится передъ господствомъ безстрастнаго и для всѣхъ равнаго закона.

А. С. Алексѣевъ.

Москва,
27 февраля 1908 г.

I

Изъ всего быта каждаго народа выростаетъ его право, его языкъ, его нравы, его строй. Не человѣческій произволъ опредѣляетъ формы, принимаемыя этими результатами совокупной жизни народа. Онѣ развиваются по присущимъ имъ законамъ, онѣ необходимы и въ то же время свободны, свободны въ томъ смыслѣ, что онѣ не извнѣ приходятъ, а проистекаютъ изъ высшей природы народа. Съ такою теоріей выступилъ глава исторической школы права въ эпоху, видѣвшую низверженіе цѣлаго міра и пережившую безпримѣрнѣйшіе перевороты всѣхъ политическихъ отношеній. Старая римская имперія нѣмецкой націи была уничтожена, сотни территорій потеряли свою независимость, новыя государства съ новымъ строемъ заступили ихъ мѣсто. Все это разыгралось на глазахъ *Савиньи*. Если тѣмъ не менѣе въ эти дни, когда произволъ въ жизни народовъ пожиналъ нежданные тріумфы, онъ могъ съ силой убѣжденія, покоряющей умы, возвѣстить ученіе о медленномъ произрастаніи права изъ народнаго духа, то, наряду съ другими мотивами къ такому дѣянію, не безъ вліянія осталось, пожалуй, и томительное желаніе найти среди общаго шатанія и распада нѣчто устойчивое и непереходящее, что внушало бы потрясенному духу вѣру въ то, что все же не вся мудрость прошлаго была однимъ убожествомъ, и слѣдовательно возведеніе вновь разрушенныхъ неслыханными

событіями публичныхъ порядковъ можно смѣло опереть на исконное, поколебленное бурями, но не вырванное съ корнемъ. И недаромъ въ томъ же самомъ многознаменательномъ году, когда историкъ права отрицалъ у своего вѣка призваніе къ созданію новаго кодекса, поэтъ, преисполненный жажды мира, отличавшей тѣ дни, звалъ свой народъ уйти вмѣстѣ съ нимъ отъ безотрадной дѣйствительности въ далекій міръ первобытнаго человѣчества:

„Nord und West und Süd zersplittern,
Throne bersten, Reiche zittern:
Flüchte du, im reinen Osten
Patriarchenluft zu kosten!“ *

Подъ вліяніемъ этого романтическаго, непріемлющаго міръ настроенія и произошло то, съ чѣмъ мы такъ часто къ нашему изумленію сталкиваемся въ исторіи соціальныхъ проблемъ: люди не видятъ ближайшаго, лежащаго предъ ихъ глазами, или быть можетъ не желаютъ этого видѣть. Со взоромъ, устремленнымъ вдаль, они не видятъ настоящаго. Они ищутъ или создаютъ идеальные типы, которые закрываютъ для нихъ образованія живого міра.

А эта живая дѣйствительность доказывала тогда, какъ, быть можетъ, никакая другая историческая эпоха, то стародавнее ученіе, что борьба государствъ есть въ то же время борьба правопорядковъ. Побѣдителю предоставлена возможность измѣнить правопорядокъ побѣжденнаго, даже болѣе того—онъ долженъ такъ сдѣлать, если онъ присоединяетъ къ себѣ область побѣжденнаго, или если изъ существующихъ государствъ или частей государствъ онъ собирается

* Сѣверъ, Западъ и Югъ распадаются въ прахъ, трещатъ троны, колеблются имперіи: бѣги же на чистый Востокъ, чтобы подышать патріархальнымъ воздухомъ!

создать новую государственную организацію. Въ подобныхъ случаяхъ сила дѣйствительно идетъ впереди права, ибо росчеркъ пера можетъ безпощадно уничтожить настоящій правопорядокъ и на его мѣсто поставить другой. Въ меньшемъ размѣрѣ можно наблюдать нѣчто подобное и во время мира при территоріальныхъ измѣненіяхъ, но все же функція праворазрушенія и правосозиданія принадлежитъ преимущественно войнѣ. Она особенно ясно проявляется въ публичномъ правѣ, но и частное затрагивается ею—съ тѣхъ поръ, именно, какъ государства стремятся создать національное, единое право. Если нынѣ въ восточной Пруссіи, въ Познани и Шлезвигѣ, въ Эльзасъ-Лотарингіи и Гельголандѣ дѣйствуетъ Гражданское Уложеніе, если, напротивъ, Австро-Венгрія, Швейцарія и Нидерланды имѣютъ собственныя уложенія, то такое положеніе вещей является результатомъ великихъ историческихъ событій послѣднихъ столѣтій, присоединившихъ эти области къ Германіи или отдѣлившихъ ихъ отъ нея. Извнѣ приходящія историческія событія могутъ насильственнымъ образомъ измѣнять и преобразовывать правопорядки. О приноровленіи и приспособленіи ко взглядамъ и традиціямъ членовъ прежняго правопорядка здѣсь часто нѣтъ и помину. Прежде чѣмъ наступаетъ постепенное освоеніе съ внезапно измѣненнымъ состояніемъ, тѣ, кого оно касается, часто видятъ въ новомъ порядкѣ только тяжкій ударъ судьбы, только жгучее безправіе, которое противостоитъ имъ подъ обманчивой маской права. Этимъ трагизмомъ охвачена жизнь тѣхъ, кто не можетъ примириться съ тѣмъ, что законы не только измѣняются согласно существующему порядку, но что издалека несущіеся потоки могутъ смыть ихъ, какъ будто ихъ никогда не было.

Но не только междугосударственныя отношенія

подготовляютъ борьбу и побѣду одного правопорядка надъ другимъ. И внутри замкнутыхъ правообщеній открывается изслѣдователю та истина, что не непрерывное, постепенное развитіе господствуетъ въ ихъ исторіи, но что почти безостановочно наряду съ мирнымъ преобразованіемъ права имѣетъ мѣсто ратоборство и соперничество различныхъ правопорядковъ за господство въ государственной жизни.

Мы имѣемъ здѣсь въ виду не ту тривіальную истину, что каждый поступательный шагъ въ области права сопряженъ съ борьбой всякаго рода. Въ спеціальной литературѣ, какъ и въ ежедневной прессѣ, въ собраніяхъ и союзахъ, въ комисіяхъ парламентскихъ и правительственныхъ и, наконецъ, въ палатахъ царитъ вѣчная распря при созданіи новаго права. Подобная распря уже потому не представляетъ изъ себя ничего особеннаго, что при ней дѣло идетъ не о существующемъ правѣ, но лишь о вызываемомъ къ жизни. Въ ней не право борется противъ права, а напротивъ— новыя правовыя мысли стремятся замѣстить существующее легальнымъ, всякое сомнѣніе исключающимъ путемъ. Разъ законодатель сказалъ свое слово— борьбѣ пришелъ конецъ. Новое право уничтожаетъ противостоящее, прежде бывшее право. Эта истина настолько понятна сама собой, что ближайшее разсмотрѣніе ея не можетъ представить сколько-нибудь глубокаго интереса.

Наоборотъ, великія революціи, потрясшія нашу эпоху, ставятъ повидимому полностью ту проблему, которая подлежитъ здѣсь разсмотрѣнію. Но эта видимость обманчива. И въ насильственныхъ государственныхъ переворотахъ новаго времени не право стояло противъ права, а безправная сила противъ безсильнаго права. Только побѣда этой силы сообщаетъ ей качество правосозидающей власти аналогично съ

тѣмъ, что мы наблюдали при борьбѣ государствъ между собою. Конечно тѣ, которые стремятся къ государственному перевороту, всегда утверждаютъ, что нѣкоторое высшее право уполномочиваетъ ихъ на ихъ дѣянія. Однако подобное право пока—что еще не признано, поэтому не есть еще право въ смыслѣ существующаго порядка, оно еще не дѣйствуетъ. Дѣйствуй оно уже—самая борьба протекала бы въ законныхъ формахъ.

Предметъ нашего разсмотрѣнія имѣетъ совершенно другую структуру. Возможно, именно, что внутри одного и того же государства сталкиваются другъ съ другомъ два правопорядка, изъ которыхъ каждый претендуетъ на свойство дѣйствующаго, а не только долженствующаго быть созданнымъ права. Но такъ какъ они покоятся на противоположныхъ принципахъ и желаютъ по существу своему регулировать однѣ и тѣ же области, то конфликтъ между ними неизбѣженъ. Хотя каждый изъ этихъ порядковъ внутри извѣстныхъ границъ признаетъ другой, все же они утверждаютъ, что каждое нарушеніе этихъ границъ, каждое вторженіе въ область, принадлежащую другому, есть не право, а произволъ. Такъ какъ они говорятъ какъ бы на разныхъ языкахъ и такъ какъ каждый изъ нихъ обладаетъ своимъ кругомъ идей, непризнаваемымъ въ его основахъ другимъ, то они не понимаютъ другъ друга—и не могутъ понять. Въ борьбѣ умовъ не существуетъ взаимнаго убѣжденія. Литература такого рода борьбы предназначена повидимому только для товарищей по партіи. Противники никогда не переубѣждаются, лишь укрѣпляется вѣра въ своихъ соратниковъ—вотъ явленіе, проступающее и въ другихъ областяхъ, гдѣ царятъ непримиримыя противорѣчія. Такъ каждая изъ борющихся партій искренно убѣждена въ томъ, что по отношенію къ дру-

гой она защищаетъ или проводитъ свое неоспоримое право, и нѣтъ во всемъ человѣчествѣ такого судьи, приговору котораго добровольно подчинились бы обѣ стороны. То, что протекаетъ такимъ образомъ, есть борьба между старымъ и новымъ правомъ, и ее ни въ какомъ случаѣ нельзя разрѣшить извѣстной формулой, что послѣдующій законъ отмѣняетъ предыдущій. Ибо не законъ противъ закона, а идея противъ идеи, принципъ противъ принципа стоятъ здѣсь въ ожесточенномъ спорѣ. А въ области идей и принциповъ окончательную побѣду рѣшаетъ не временная послѣдовательность, а внутренняя цѣнность.

Тщетно стали бы мы искать исчерпывающаго, принципіальнаго обсужденія этого вопроса въ спеціальной литературѣ. И однако онъ былъ уже какъ бы воочію изображенъ въ той мастерской формѣ, что и нынѣ, послѣ тысячелѣтій, захватываетъ и потрясаетъ насъ. Есть ли гдѣ-либо проблема личной или общественной жизни человѣка, которая въ той или иной формѣ не занимала бы эллинскаго духа? Эсхилъ въ одной изъ величественнѣйшихъ драмъ своихъ наглядно представилъ народу аѳинскому, а тѣмъ самымъ и всему человѣчеству, борьбу двухъ несовмѣстныхъ правопорядковъ. Эриніи, призванныя по старому, до сихъ поръ не вызывавшему сомнѣній праву быть мстительницами за убійство матери, по пятамъ преслѣдуютъ скитающагося Ореста, на котораго новое божество свѣта, Фебъ Аполлонъ, возложило новую обязанность мести за убитаго отца. Старые и новые боги предстаютъ передъ ареопагомъ, отстаивая виновность и невиновность преслѣдуемаго. Людской судъ не въ силахъ рѣшить спора между старыми и новыми богами изъ-за стараго и новаго права: голоса за осужденіе и оправданіе ни въ чемъ не уступаютъ другъ другу. Тогда подошла Аѳина и бросила свой каме-

шекъ къ оправдательнымъ; при равенствѣ голосовъ подсудимый признается невиновнымъ, и такимъ образомъ новое право побѣждаетъ волею высокой покровительницы Аттики. Но Эриніи видятъ въ приговорѣ не актъ права, а актъ силы. Страшной угрозой звучитъ ихъ напѣвъ:

Ἰὼ θεοὶ νεώτεροι, παλαιοὺς νόμους
καθιππάσασθε κἀκ χερῶν ἕλεσθέ μου
. . . . . .
θυμὶν ἄϊτε, μᾶτερ
Νύξ· ἀπὸ γὰρ με τιμᾶν δαναιᾶν θεῶν
δυσπάλαμοι παρ' οὐδέν ἦραν δόλοι *

Но Аѳина знаетъ, какъ умиротворить грозящихъ местью. Онѣ не побѣждены: равное число голосовъ рѣшило споръ правильно, безъ позора для нихъ. Высочайшая воля самого Зевса—вотъ, что побѣдило на судѣ. Богатое вознагражденіе обѣщаетъ она обиженнымъ. Онѣ принимаютъ его задобренныя, но не убѣжденныя. Такъ Эриніи превращаются въ благодѣтельныхъ Эвменидъ.

II

Борьбу въ родѣ той, которую изображаетъ поэтъ, не разъ впослѣдствіи переживали государства древности: стоитъ только вспомнить о той, столь чреватой послѣдствіями, которую вело въ Римѣ jus honorarium противъ jus civile. Но неразрывное единство античной государственной жизни препятствуетъ тому, чтобы эта борьба ставила на карту незыблемость правопорядка. Поэтому историческая школа весьма су-

---

* Эвм. 778—79, 844—46. О новые боги, вы попираете древніе законы и вырываете ихъ изъ моихъ рукъ... Внемли гнѣву, Мать-Ночь! Ибо коварные происки боговъ ни за что лишили меня должной почести.

щественное подтвержденіе своихъ принциповъ находила въ разсмотрѣніи римскаго права, которое, какъ казалось ей, воплощаетъ безпрерывное, плавное развитіе отъ незамѣтныхъ начинаній латинскихъ поселеній до неоспоримаго господства надъ всей совокупностью народовъ Средиземнаго моря. Но это въ корнѣ измѣнилось послѣ того, какъ выросла и окрѣпла внѣгосударственная сила, которая, постепенно дойдя послѣ паденія стараго міра до негаданной доселѣ полноты господства, утверждаетъ свое право, какъ норму и мѣрило всякаго права. Съ безпримѣрной смѣлостью и послѣдовательностью развиваетъ римская церковь свой порядокъ, который, правда, признаетъ государство, но лишь постольку, поскольку право государства не погрѣшаетъ противъ требованій церкви. Но разъ государство провинилось въ этомъ, его законы недѣйствительны и ничтожны, они—дьявольское порожденіе, искоренять которое есть Богомъ на нее возложенная задача.

Въ теченіе долгихъ столѣтій упорное ратоборство духовнаго и свѣтскаго порядковъ носитъ совсѣмъ другой характеръ, нежели въ новое время. Даже самые пылкіе изъ передовыхъ бойцовъ за свѣтскую власть не оспариваютъ у церкви призванія издавать обязательныя нормы въ тѣхъ областяхъ, которыя болѣе поздняя эпоха относила къ вѣдѣнію государства, и примѣнять многія изъ этихъ нормъ исключительно въ своихъ судахъ. И свѣтскій судья связанъ духовнымъ правомъ: canones выступаютъ наряду съ leges, они-то именно и влекутъ за собою leges и открываютъ доступъ для римскихъ правовыхъ началъ туда, гдѣ, вообще говоря, относятся враждебно ко всему чужеземному. О полной самостоятельности свѣтскаго права по отношенію къ духовному не мечталъ даже самый смѣлый мыслитель, и она ни разу не наложила своей печати на учрежде-

нія *. Равноправіе свѣтскаго и духовнаго меча, вотъ самое большее, чего требуетъ, по отношенію къ властнымъ притязаніямъ куріи, монархически построенная теорія государства. Ни одинъ монархъ тѣхъ дней, хотя бы онъ такъ унижалъ церковь, какъ Филиппъ Красивый—этотъ противникъ Бонифація VIII,—не утверждалъ, что Богъ вручилъ ему два меча. Подчиненіе духовнаго меча свѣтскому и пользованіе послѣднимъ въ полной независимости отъ перваго есть одно изъ великихъ требованій „модернизма“, какъ называетъ теперь римская курія всю самостоятельную духовную, нравственную и политическую жизнь послѣднихъ столѣтій.

Здѣсь возникаетъ конфликтъ совершенно другой природы, нежели тотъ, который знало средневѣковье. Государство новаго времени приписываетъ себѣ исключительное право регулировать внѣшнія отношенія человѣческой жизни, указывать каждому отдѣльному лицу и каждому союзу его правовое положеніе въ общежитіи, безъ раздѣла этого права съ какой бы то ни было силой. Послѣ долгой борьбы и многихъ колебаній оно признаетъ, правда, за церковью регулированіе своихъ внутреннихъ отношеній и предоставляетъ совѣсти ея сочленовъ подчиненіе церковнымъ нормамъ,

* Что Данте, который все еще нерѣдко разсматривается, какъ передовой боецъ за современную идею государства, принципіально стоитъ на почвѣ томистическаго ученія, несмотря на свое отрицательное отношеніе къ властнымъ притязаніямъ папства—на это энергично указываетъ Vossler, Die göttliche Komödie v, II, 1907, s. 465. Марсилій же Падуанскій, какъ ни безусловно его требованіе строгаго подчиненія церкви государству и его отрицаніе за ней всякой власти принужденія, все же въ своемъ defensor pacis долженъ признать (это и не могло быть иначе) божественное право, хотя толковать это право долженъ во всякомъ случаѣ не папа, а всехристіанскій, не только епископскій соборъ. Практическаго вліянія этотъ наиболѣе смѣлый изъ средневѣковыхъ политическихъ мыслителей не имѣлъ.

но для него существуетъ лишь *одинъ* мечъ, которымъ пользуется только оно и при томъ пользуется такъ, какъ опредѣляетъ это его порядокъ. Полнота власти (plenitudo potestatis), каковую церковь утверждаетъ за собой, перешла нынѣ къ государству. Опираясь на нее, оно отняло у церкви и пріобрѣло себѣ области, въ которыя раньше свѣтской власти входъ возбранялся.

Эту современную теорію одного меча церковь никогда не признавала и никогда не признаетъ, ибо она не можетъ сдѣлать этого, не подрывая своего жизненнаго принципа. Церковь зиждется на мысли, что ея право— божественнаго происхожденія, и что божественное право не можетъ быть измѣнено человѣческимъ установленіемъ; что только она призвана къ тому, чтобы измѣнять преходящіе человѣческіе элементы своего правопорядка. Если поэтому, чтобы не ходить далеко за примѣромъ, Гражданское Уложеніе регулируетъ разводъ и дозволяетъ разведенному супругу вступленіе въ новый бракъ, то она не можетъ признать эти нормы за право, ибо на Тридентскомъ соборѣ она признала это въ формѣ, исключающей всякое сомнѣніе, преступленіемъ противъ божественнаго права. Точно такъ же обстоитъ дѣло съ тѣми правами, на которыя церковь притязаетъ для выполненія своей божественной мисіи. Согласно ея ученію, государство можетъ притѣснять ее, но не можетъ по праву измѣнить. Относительно этихъ широкихъ пограничныхъ областей она со своей точки зрѣнія можетъ только констатировать, что сила идетъ впереди права, но никогда не признать, что сила превратилась въ право. Такимъ образомъ неустанная борьба между современными государствами и церковными порядками обусловлена своеобразной сущностью той и другой власти.

Конечно эта борьба въ разныя времена и въ разныхъ государствахъ принимаетъ самыя разнообразныя

формы. Въ открытой войнѣ церковь часто и теперь еще предаетъ проклятію государственные законы. Такъ Пій IX, въ посланіи отъ 22 мая 1868 г., австро-венгерскіе законы этого года, разрывающіе конкордатъ, признаетъ за leges abominabiles и объявляетъ совершенно ничтожными и навсегда недѣйствительными, и въ Энцикликѣ 5 февраля 1875 г. признаетъ прусскіе законы Kulturkampf'a, какъ идущіе въ разрѣзъ съ божественнымъ устройствомъ церкви, не имѣющими силы. Не менѣе энергично возставала 10 авг. 1906 г. Энциклика Пія X противъ французскаго закона объ отдѣленіи церкви, который безъ обиняковъ клеймится, какъ преступный.

Но въ этой войнѣ возможны и длительныя перемирія. Съ удивительною способностью приспособленія, дипломатія куріи—старѣйшая и искуснѣйшая на свѣтѣ—нашла формы, устанавливающія на мѣсто открытой войны обманчивое состояніе мира тамъ, гдѣ этого требуютъ интересы церкви. Temporum habita ratione, tolerari potest, dissimuletur, слѣдуетъ выбирать меньшее зло—гласятъ формулы, которыми церковь разрѣшаетъ своимъ вѣрнымъ приверженцамъ жить въ союзѣ современныхъ государствъ. Церковь можетъ сдѣлать исключеніе для отдѣльнаго случая, не затрагивая этимъ непреложности правила, она можетъ въ одномъ государствѣ разрѣшить своимъ сынамъ то, въ чемъ она отказываетъ имъ въ другомъ, она можетъ путемъ конкордатовъ признать государственное право въ формѣ привилегій, которыми она отнюдь не хочетъ на всѣ времена отказаться отъ своей собственной правовой нормы. Церковь, далѣе, можетъ оказывать современному государству свое содѣйствіе, энергично защищать его порядокъ противъ посягательствъ современныхъ революціонныхъ партій. Такъ въ церковныхъ посланіяхъ послѣдняго времени слышатся подчасъ голоса грозя-

щихъ, въ своемъ правѣ оскорбленныхъ Эриній, а затѣмъ снова—слова благодѣтельныхъ Эвменидъ.

Однако во всѣхъ этихъ средствахъ ватиканской дипломатіи нельзя найти разрѣшенія конфликта. Церковь никогда не отказывается отъ того, что она считаетъ необходимымъ требовать въ силу своей божественной мисіи, и такимъ образомъ, согласно господствующему нынѣ взгляду, Пій IX въ своемъ Syllabus errorum предаетъ проклятію всѣ теоріи, объявляющія современное государственное законодательство въ областяхъ, на которыя притязаетъ для себя церковь, существующимъ по праву.

Разрѣшать это противорѣчіе между духовнымъ и свѣтскимъ правопорядками, превратить открытую войну или временное перемиріе въ длительный миръ не удалось до сихъ поръ ни одному ученію. Новѣйшія католическія теоріи, какъ-то—о косвенной власти церкви надъ государствомъ, или ученіе о совмѣстномъ властвованіи, которое хочетъ объявить обѣ власти равноправными и каждую въ своей сферѣ суверенной, никогда впрочемъ официально церковью не признанныя и не одобренныя, по своимъ практическимъ послѣдствіямъ приводятъ опять-таки къ превосходству церковнаго права надъ свѣтскимъ, ибо высшее и окончательное сужденіе о компетенціи церкви должно остаться за церковью, и она не можетъ подчиниться какому-нибудь третейскому судьѣ, стоящему надъ обѣими партіями. Церковь потребовала, чтобы ее пригласили на мирную конференцію въ Гаагу. И однако она никогда не была бы въ состояніи представить интернаціональному третейскому суду, предназначенному мирно улаживать спорные вопросы даже между могущественнѣйшими державами, свои конфликты съ государствами на окончательное разрѣшеніе. Но и современныя ученія о существѣ права, покоящіяся не на вѣроисповѣдной основѣ, не

способны дать разрѣшенія этого стародавняго спора. Что догма о медленномъ произрастаніи права изъ народнаго духа здѣсь оказывается совершеннымъ банкротомъ — объ этомъ мы уже упоминали.

Но совершенно такъ же обстоитъ дѣло и со всѣми иными теоріями вплоть до той, новѣйшей изъ нихъ, которая стремится указать намъ путь для нахожденія истиннаго права въ дѣйствующемъ правѣ. Чтобы отвѣтить на поставленный здѣсь вопросъ, ей слѣдовало бы предварительно доказать безусловно убѣдительнымъ образомъ, какая же религія и какая церковь являются истинными *.

Въ результатѣ, на этомъ театрѣ военныхъ дѣйствій и временныхъ перемирій немыслимо соглашеніе, которое имѣло бы цѣлью не только извѣстный „modus vivendi“, но и вѣчный миръ. Можно занять лишь ту или другую позицію, безотносительно къ тому, каково будетъ практическое разрѣшеніе проблемы. Кто, однако, приметъ точку зрѣнія государственности и способенъ будетъ продумать ее до конца, для того право, исходящее отъ церкви, имѣетъ силу лишь постольку и лишь до того момента, покуда оно признано государствомъ. Не въ силу безпринципнаго произвола, а лишь по вѣскимъ основаніямъ слѣдуетъ производить измѣненія въ дѣйствующемъ правопорядкѣ; вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, при томъ представленіи, какое имѣетъ государство о предѣлахъ своей компетенціи, нѣтъ такой внѣ или даже надъ государствомъ стоящей силы, которая могла бы поставить ему непреодолимыя границы въ

---

* Еллинекъ разумѣетъ здѣсь теорію Штаммлера, развитую имъ въ „Ученіи объ истинномъ (справедливомъ) правѣ“. Съ взглядами Штаммлера можно познакомиться изъ его статей, переведенныхъ на русскій языкъ подъ общимъ названіемъ „Сущность и задачи права и правовѣдѣнія“ (Библ. для самообраз. 1908). Прим. перев.

регулированіи его внутреннихъ отношеній. Тотъ, кто отрицаетъ это—или непослѣдователенъ, или принадлежитъ къ иному лагерю.

III

Не съ однимъ только старымъ правомъ церкви сталкивается право современнаго государства: послѣднее время передъ нами развертывается занимательное зрѣлище ожесточеннаго боя, въ который вступаетъ прежній публичный строй съ новымъ, стремящимся стать на его мѣсто. Окинемъ взоромъ ту грандіозную борьбу, какую пришлось выдержать новому государству съ государствомъ феодально-патримоніальнымъ, сословнымъ. Феодальный строй покоится на томъ принципѣ, что порядокъ, на которомъ базируется право собственности, носитъ характеръ до- и надгосударственный. То, что мы называемъ теперь государствомъ, эта его форма—вообще чужда феодальному строю. Здѣсь имѣютъ мѣсто, скорѣе всего, отношенія зависимости всевозможныхъ градацій между собственниками разныхъ категорій. Король является высшимъ феодаломъ. Вассалъ обязанъ быть ему вѣрнымъ пособникомъ; но это—отношеніе двухстороннее, потому что и феодалъ долженъ хранить по отношенію къ вассалу вѣрность, которая выражается въ обязанности защиты. Феодальное государство видитъ въ отношеніяхъ другъ надъ другомъ возвышающихся властей древне-германскую идею,—идею взаимной вѣрности, а не одностороняго послушанія. Обязанность послушанія (obedientia) выступаетъ прежде всего въ области церковныхъ понятій, какъ одностороннее обязательство по отношенію къ духовнымъ властямъ.—Къ собственности въ феодальномъ государствѣ причисляютъ не только ве-

щи, но и права, которыя считаются связанными съ вещами, по преимуществу съ земельными угодьями. Строй феодальнаго государства есть господство вещное; въ болѣе позднее время это господство называется „правомъ верховенства“, — принадлежностью поземельной собственности.—Отношенія между королемъ и обладателемъ лена покоятся на договорѣ и поэтому поставлены въ опредѣленныя границы. Вслѣдствіе этого не должно имѣть мѣста вторженіе въ свободу и собственность ленника, преступающее обозначенную въ договорѣ область; отъ добровольнаго согласія ленника зависитъ выполненіе внѣ-договорныхъ требованій. Эта собственность и связанныя съ нею права не могутъ быть отняты: послѣднее возможно лишь въ случаѣ нарушенія договора, но и здѣсь измѣнѣ ленника равносильно вѣроломство или иной неправомѣрный образъ дѣйствій сюзерена, какъ поводъ къ прекращенію власти послѣдняго.—Когда лены стали передаваться по наслѣдству, то установился такой порядокъ наслѣдованія, при которомъ ни у кого изъ управомоченныхъ, противъ ихъ воли, не могло быть отнято право на ожидаемую наслѣдственную долю.

Рядомъ съ этимъ строемъ, покоящимся на собственности и договорѣ, никогда окончательно не забывалось вытекающее изъ идеологіи римскаго государства, воспринятое и хранимое римской церковью представленіе о правѣ повелителя,—правѣ, которому соотвѣтствуетъ обязанность повиновенія со стороны подданныхъ. Повелитель выражаетъ свою верховную волю путемъ приказаній, сила которыхъ не зависитъ отъ согласія тѣхъ, къ кому они обращены. Легисты отстаиваютъ ревностно тотъ взглядъ, что принципъ, по которому усмотрѣніе монарха имѣетъ силу закона, продолжаетъ дѣйствовать; неправильно истол-

ковывая одно мѣсто въ Дигестахъ, * они приписываютъ монарху надзаконное положеніе.—Образуется, далѣе, ученіе о „maiestas“, о суверенитетѣ, какъ о существенной для государства, свободной отъ всякихъ земныхъ узъ власти. Измѣнившіяся въ дальнѣйшемъ военныя, хозяйственныя и междугосударственныя отношенія обусловливаютъ образованіе новыхъ большихъ государствъ или же болѣе тѣсное внутреннее сплоченіе слабо и непрочно связанныхъ, вслѣдствіе сословнаго строя, отдѣльныхъ частей существовавшихъ уже крупныхъ государствъ; съ этого момента выступающая въ рѣзкой формѣ идея суверенитета опредѣляетъ политику монарховъ. Послѣдніе, давая практическое примѣненіе этой идеѣ, признаютъ себя суверенными по праву и, опираясь на это право, переносятъ на себя тѣ „права верховенства“, которыя со стороны феодальныхъ владѣтелей считались составною частью ихъ достоянія. Такъ, подъ предлогомъ неотчуждаемаго суверенитета монарха предпринимается грандіозный процесъ отчужденія противъ твердыни феодализма. Этотъ процесъ черезъ абсолютное государство приводитъ къ государству современному. Если монархи считаютъ своимъ полнымъ правомъ ограничивать и отмѣнять преимущества и привилегіи сословій, то затрагиваемыя этимъ лица не признаютъ подобнаго явленія правомѣрнымъ, хотя и непріятнымъ фактомъ, но считаютъ его горькимъ безправіемъ, такъ какъ всякое отчужденіе права, совершаемое противъ воли лицъ, до сихъ поръ управомоченныхъ, противорѣчитъ цѣликомъ тому

* L. 31 D. I. 3 ad legem Juliam et Papiam. Princeps legibus solutus est т.-е. на императора не распространяется дѣйствіе двухъ названныхъ законовъ, но изъ этого вовсе не слѣдуетъ, чтобы императоръ былъ изъятъ отъ дѣйствія всѣхъ законовъ, какъ это утверждали легисты. Прим. перев.

кругу понятій, въ которомъ выросло доселѣ дѣйствовавшее право. Эта побѣдоносная борьба воплотившейся въ абсолютной монархіи современной идеи государства съ старымъ феодальнымъ и сословнымъ правомъ выражена съ анекдотической краткостью въ знаменитой фразѣ второго прусскаго короля, * произнесенной имъ по поводу введенія въ Восточной Пруссіи всеобщаго поземельнаго обложенія: „я направляюсь къ своей цѣли, укрѣпляю суверенитетъ и ставлю корону столь же незыблемо, какъ скалу изъ бронзы, а господамъ юнкерамъ отъ ихъ ландтага оставляю одно пустое мѣсто“. Всѣ возраженія противъ своихъ приказаній онъ имѣлъ обыкновеніе обрывать излюбленной поговоркой: „вѣдь я король и повелитель!“ Историки сочувствуютъ (а иначе и не могло быть) стремленіямъ короля заложить и укрѣпить идею государственности. Поэтому относительно конфликта правовыхъ системъ, который здѣсь разыгрывается, они не идутъ дальше намековъ. Едва ли, однако, юнкеры (хотя отъ ихъ могущества сохранились жалкіе остатки) считаютъ королевскія рѣшенія за проявленіе безспорнаго права— и въ отвѣтъ на фразу „вѣдь я король и повелитель“ они навѣрное отводятъ душу въ тѣхъ же, хотя и шопотомъ произносимыхъ словахъ, какія звучали въ жалобной, старой какъ вѣка пѣснѣ Эриній. О чувствахъ этого рода мы освѣдомлены точнѣе изъ событій болѣе поздняго времени, изъ исторіи Бадена. Когда Карлъ Фридрихъ въ 1806 г. овладѣлъ Брейзгау и, ссылаясь на свой суверенитетъ, объявилъ сословному собранію о томъ, что праву чиновъ на представительство наступилъ конецъ, то президентъ собранія Фридрихъ Ф.-Баденъ залился слезами, а собраніе,

* Т. е. Фридриха Вильгельма I-го. Прим. перев.

полное негодованія, выразило протестъ противъ подобнаго нарушенія сословныхъ правъ.

Этотъ переходъ стараго государственнаго строя къ новому совершался, однако, вовсе не такъ, чтобы внезапно всѣ феодальныя права верховенства были объявлены недѣйствительными. Напротивъ, старыя права продолжаютъ существовать, пока они не будутъ отмѣнены со стороны государства. Поэтому несмотря на всѣ теоріи о суверенитетѣ монарха, государство, разсматриваемое съ соціальной точки зрѣнія, можетъ еще долго представлять изъ себя картину феодальнаго строя. Даже во Франціи только революція смела „старый порядокъ“ съ его привилегіями отдѣльныхъ сословій, хотя Людовикъ XIV и создалъ типъ монарха-самодержца. Еще рѣзче это сказывается въ нѣмецкихъ областяхъ. Фридриху Вильгельму I-му не приходило въ голову свести институтъ дворянства къ простому отличію въ титулѣ: прусскіе короли въ созданномъ ими войскѣ сознательнымъ образомъ сохранили феодальныя переживанія, внеся такимъ образомъ въ эту всецѣло современную организацію старинный духъ. Еще въ наши дни прусскій офицеръ клянется быть „вѣрнымъ, преданнымъ и исполнительнымъ“ слугою своему высшему военачальнику въ тѣхъ же словахъ, въ какихъ нѣкогда вассалъ приносилъ присягу своему сюзерену. Послѣ того какъ въ 1806 году распалось государство Фридриха Великаго, казалось, будто Штейну суждено на развалинахъ феодальнаго государства создать современную государственную организацію, проникнутую идеей внутренняго единства и обезпечивающую гражданамъ законную свободу. Несмотря, однако, на всѣ реформы старый правовой строй продолжалъ существовать въ значительныхъ пережиткахъ. Лишь съ провозглашеніемъ первой конституціи была отмѣнена патримоніаль-

ная юрисдикція: королевскій указъ 2 января 1849 г. однимъ росчеркомъ пера уничтожилъ болѣе 6000 патримоніальныхъ судовъ и положилъ конецъ привилегіямъ въ отношеніи подсудности. Лишь слѣдующему поколѣнію пришлось, однако, видѣть, какъ законъ о судоустройствѣ провелъ принципъ государственности суда на всемъ пространствѣ нѣмецкой имперіи. Однако, и теперь еще можно открыть явные слѣды стараго строя въ нашемъ государственномъ зданіи. Въ самостоятельныхъ, не включенныхъ въ общинный союзъ „Gutsbezirk'ахъ“ (т. е. въ выдѣленныхъ въ самостоятельную единицу юнкерскихъ помѣстьяхъ), въ составѣ верхнихъ палатъ ясно обнаруживается связь съ прежнимъ правопорядкомъ. Такъ напр. самая юная изъ этихъ палатъ, прусская палата господъ, которую Фридрихъ Вильгельмъ IV могъ образовать въ соотвѣтствіи съ его романтическими наклонностями, включаетъ въ себѣ членовъ, значеніе и роль которыхъ извѣстны лишь свѣдущему историку права. Прусскій народъ едва ли знаетъ что-нибудь о четырехъ должностяхъ королевства (бывшаго герцогства) Пруссіи: о должности обербургграфа, обермаршала, ландгофмейстера и канцлера, носители которыхъ пожизненно призываются королемъ, въ силу закона, въ палату господъ. Здѣсь не мѣсто говорить о все еще продолжающемъ существовать старомъ общественномъ укладѣ, который съ такою ясностью выступаетъ въ восточныхъ частяхъ имперіи; не мѣсто здѣсь касаться и политическаго значенія подобнаго явленія. Пойдемъ дальше. Въ настоящее время два изъ входящихъ въ составъ Германской имперіи государствъ (Мекленбургъ-Шверинъ и Мекленбургъ-Стрелицъ) въ ихъ внутренней организаціи, поскольку ея не коснулись реформы имперскаго законодательства, представляютъ зрѣлище стараго государственнаго строя, основаннаго на фе-

одальной системѣ и на привилегіяхъ городскихъ корпорацій: сословное государство противостоитъ здѣсь государству суверенному въ качествѣ контрагента, равноправнаго въ принадлежащей ему сферѣ.

Какія бы, однако, права ни были удержаны современнымъ государственнымъ строемъ изъ прежней феодальной эпохи, одно лишь стоитъ внѣ всякихъ сомнѣній: что эти пережитки при полной неизмѣнности ихъ юридической силы въ корнѣ измѣнили свою сущность. Суверенитетъ вовсе не обозначаетъ фактическаго измѣненія сохранившагося отъ прежней эпохи права: онъ заключаетъ въ себѣ юридическую возможность измѣнить это право въ любой моментъ. Разумѣется, къ этой возможности прибѣгаютъ лишь при наличности соотвѣтствующаго повода. Но непреодолимыхъ правовыхъ границъ для того, кто „укрѣпилъ суверенитетъ“, не существуетъ—ибо этотъ принципъ присущаго государству главенства не терпитъ, въ теоріи, никакого уклоненія, никакого умаленія; или это главенство есть у государства, или его нѣтъ совсѣмъ. Вовсе не нужно, чтобы стоящіе у власти прониклись этимъ принципомъ; отдѣльный властитель можетъ признавать для себя какія угодно границы; послѣднія существуютъ лишь для него, а не для того, кто рѣшился извлечь необходимыя послѣдствія изъ принципа, на которомъ построено все своеобразіе его власти. Вѣдь здѣсь возможна лишь альтернатива: или что все поступательное движеніе королевской власти, вытекающее изъ принципа суверенитета, правомѣрно, или же что оно съ самаго начала было узурпаціей и слѣдовательно безправіемъ.

До тѣхъ поръ пока продолжала существовать старая имперія, по отношенію къ входившимъ въ ея составъ областямъ и лицамъ суверенная власть поставлена была въ извѣстныя границы, за соблюденіемъ которыхъ

должны были наблюдать имперскія власти. Въ особенности важно здѣсь положеніе правящихъ фамилій, члены которыхъ непосредственно были подчинены имперіи, а не государямъ отдѣльныхъ областей. Всѣ эти границы исчезли, однако, съ момента распаденія имперіи. Нѣтъ имперіи—нѣтъ и лицъ, непосредственно ей подчиненныхъ, и автономія династій опредѣляется отнынѣ государственнымъ закономъ. Члены династіи подчинены поэтому государственной власти, и агнаты-иностранцы (т. е. родичи по мужской линіи, входящіе въ составъ другихъ государствъ) не могутъ претендовать на какія либо со стороны государства преимущества въ правовомъ отношеніи по сравненію съ остальными подданными. Поэтому требуемое фамильными законами * согласіе агнатовъ на измѣненіе порядка престолонаслѣдія опредѣляется всегда въ соотвѣтствіи съ государственными законами, которые эти особые фамильные законы или предполагаютъ, или признаютъ, или допускаютъ. Всякое измѣненіе этихъ правовыхъ опредѣленій можетъ быть произведено лишь тѣмъ путемъ, какой существуетъ для измѣненія конституціи. Противъ этихъ, почти самоочевидныхъ положеній въ послѣднее время поднялась своеобразная опозиція. Разрѣшенный нынѣ споръ о престолонаслѣдіи въ княжествѣ Липпе,—вотъ что вызвало попытку вдохнуть жизнь въ старое право, которое считали уже давнымъ-давно погребеннымъ. Нѣмецкія государства были въ состояніи выполнить великую задачу: они могли совершить полное свое внутреннее преобразованіе, могли воздвигнуть надъ собою имперію—но урегули-

* Фамильные законы (Hausgesetze) суть автономные уставы правящихъ и высшихъ дворянскихъ родовъ относительно ихъ семейственно-правовыхъ, имущественныхъ и наслѣдственныхъ отношеній. Таково русское „учрежденіе о императорской фамиліи“, содержащееся въ ст. 126—223 Основныхъ законовъ (Св. Зак. кн. I ч. 1). Прим. перев.

ровать порядокъ престолонаслѣдія путемъ государственнаго закона, безъ согласія агнатовъ, хотя бы и измѣнивъ конституцію, они не въ правѣ. Такимъ образомъ снова провозглашается „надгосударственный“ легитимизмъ, ставящій государству непреодолимыя грани.

Что подобныя воззрѣнія въ заинтересованныхъ династійныхъ кругахъ все еще живы, не подлежитъ никакому сомнѣнію. Совсѣмъ иначе обстоитъ дѣло съ ихъ научной обоснованностью. Въ тѣ дни, когда Бисмарка считали еще въ рядахъ консерваторовъ, отъ его проницательнаго взора не укрылось, что старый феодально-династійный легитимизмъ не способенъ служить правовымъ базисомъ для тогдашняго нѣмецкаго государства. 30 мая, 1857 г. онъ пишетъ изъ Франкфурта Леопольду фонъ-Герлаху, что даже по отношенію къ той территоріи, которую нынѣшніе нѣмецкіе государи взяли частью у равноправныхъ имъ князей, частью у своихъ собственныхъ феодаловъ, нельзя подыскать вполнѣ законнаго титула владѣнія; въ нашей государственной жизни мы также не можемъ обойтись безъ революціонныхъ подосновъ. И въ дальнѣйшемъ Бисмаркъ прекрасно выясняетъ, что то, что онъ въ этомъ случаѣ называлъ революціей, т. е. идея самодовлѣющаго государственнаго строя, покоющагося во внутреннихъ и внѣшнихъ отношеніяхъ на собственномъ могуществѣ, гораздо древнѣе французской революціи. То, что мы называемъ современнымъ государствомъ, для Бисмарка эпохи союзнаго собранія имѣетъ незаконное происхожденіе, т. е., какъ мы изобразили, возникло въ противоположность ограниченному внѣгосударственнымъ правомъ феодальному государству. Подобное обстоятельство не мѣшаетъ, однако, Бисмарку признать такой незаконный государственный строй. Это убѣжденіе, покоющееся на

государственно- и международноправовомъ принципѣ суверенитета, въ великую эпоху основанія имперіи было осуществлено Бисмаркомъ и королемъ Вильгельмомъ въ дѣяніяхъ, недопускающихъ двоякаго толкованія. Прусское государство отняло наслѣдственное право на престолъ у династіи Августенбургеровъ путемъ закона о присоединеніи Шлезвигъ-Голштиніи; прусское государство включило путемъ закона въ свой составъ Ганноверъ, Кургессенъ и Нассау и такимъ способомъ лишило тамошнія царствующія династіи какого бы то ни было притязанія на прадѣдовскій престолъ. Предшествующая этимъ присоединеніямъ война никакъ не можетъ разсматриваться съ легитимистской стороны, какъ ихъ правовое основаніе. Вѣдь съ Шлезвигъ-Голштиніей Пруссія не находилась въ войнѣ, а война 1866 года стояла въ полномъ противорѣчіи съ положеніями союзнаго права, въ силу котораго нѣмецкія государства взаимно обязывались ни подъ какимъ предлогомъ не вести между собою войнъ; вмѣстѣ съ тѣмъ контрагенты лишались права свободнаго выхода изъ союза. Вплоть до нашихъ дней легитимизмъ вельфовъ основываетъ на этомъ свои притязанія противъ Пруссіи.

Памятуя о томъ, какъ мало отвѣчали феодально-династійному легитимизму событія, предшествовавшія основанію германской имперіи, нельзя не выразить удивленія, что у этого легитимизма внезапно снова появились воодушевленные заступники. Эта обширная, теперь уже полузабытая литература все же представляетъ большой интересъ, если не съ юридической, то съ культурно-исторической точки зрѣнія. Эти напрасныя усилія со стороны серьезныхъ людей съ помощью мелкихъ діалектическихъ ухищреній опутать современное государство, какъ крѣпкими цѣпями, сѣтью своихъ аргументовъ, зачастую не стоящихъ

обсужденія, представляютъ собою печальное зрѣлище. Въ ихъ писаніяхъ слышатся голоса ходатаевъ, стремящихся во что бы то ни стало выиграть процесъ, а не людей науки. Поэтому не слѣдуетъ принимать ихъ пылкое воодушевленіе по отношенію къ предмету ихъ защиты за чистую монету. Это воодушевленіе въ отстаиваньи стараго государственнаго строя тотчасъ смѣнилось бы у нихъ противоположнымъ настроеніемъ, если бы изъ ихъ положеній вздумали выводить слѣдствія, подсказываемыя здравой логикой. Если бы имъ возразили, что все „укрѣпленіе суверенитета“, на которомъ покоится современное государство, было съ точки зрѣнія стараго феодальнаго строя узурпаціей и безправіемъ, то они первые стали бы предостерегать противъ подобнаго послѣдовательнаго проведенія ихъ собственныхъ взглядовъ. Вѣдь имъ не приходитъ въ голову проповѣдывать свое ученіе для настоящихъ и будущихъ временъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ бы оно дало поводъ къ тяжелымъ политическимъ осложненіямъ. Стоитъ вспомнить лишь о Брауншвейгѣ, гдѣ мѣстнымъ закономъ и резолюціей союзнаго совѣта законный престолонаслѣдникъ былъ лишенъ права на управленіе государствомъ, и при этомъ у него не нашлось ни одного защитника. По отношенію къ совершившемуся факту, въ случаѣ если онъ долженъ быть одобренъ съ политической точки зрѣнія, всѣ новые легитимисты превращаются въ оппортунистовъ. Это обнаружилось еще въ то время, когда въ принципѣ легитимизма видѣли вѣрный оплотъ противъ демократическихъ разрушительныхъ плановъ. Франкфуртское союзное собраніе, эта твердыня легитимизма, одобрило изгнаніе возставшимъ народомъ герцога Карла Брауншвейгскаго въ 1830 г., ибо іюльская революція и бельгійское возстаніе запугали тогдашнія нѣмецкія правительства, а къ тому же этотъ

въ высшей степени непопулярный государь своимъ безразсуднымъ отношеніемъ къ прочимъ нѣмецкимъ правителямъ совершенно лишился ихъ симпатіи. Но вѣдь это было ничѣмъ инымъ, какъ одобреніемъ революціи, такъ какъ юридической возможности лишить трона хотя бы и не способнаго къ управленію государя не существовало, а ссылки на старое имперское право не могли помочь, ибо старая имперія съ ея юрисдикціей исчезла. Столь легитимно настроенный человѣкъ какъ Цепфль (Zöpfl) считаетъ, что для оправданія низверженія Карла Брауншвейгскаго съ престола вполнѣ достаточно ссылки союзнаго собранія на „вызывающій образъ мыслей и дѣйствій“ этого государя. Стоитъ обобщить это положеніе—а иначе сдѣлать юристъ и не можетъ—чтобы монархическому строю пришелъ конецъ. Мы видимъ такимъ образомъ, что въ случаѣ нужды современный легитимизмъ готовъ признать и революцію.

Возгорѣвшійся по поводу престолонаслѣдія въ Липпе бой продолжаетъ поддерживаться однимъ лицомъ, именно Ремомъ (Rehm). Послѣдній еще недавно снова выступилъ съ защитой „внѣгосударственнаго“ права династій и приписалъ имъ „надгосударственную“ позицію, которая тѣми, кто живетъ вѣрой въ то, что внѣ государства стоитъ лишь Богъ, не можетъ быть названа иначе, какъ сверхъестественной. Это сверхъестественное право названный авторъ думаетъ примирить съ государственнымъ тѣмъ, что онъ, въ полемикѣ съ представителями современной государственной идеи, полагаетъ, что ближайшее разсмотрѣніе государства обнаруживаетъ въ немъ бо̀льшее многообразіе, чѣмъ то, какое въ состояніи подмѣтить мы. Конечно тотъ, кто смотритъ обоими глазами въ разныя стороны, видитъ двѣ различныя картины, но онъ лишенъ возможности охватить

ихъ единымъ правильнымъ взоромъ. Подобныя попытки примирить непримиримое въ результатѣ неизбѣжно раздѣлятъ судьбу тѣхъ, кто въ борьбѣ мнѣній неспособенъ стать рѣшительно на какую нибудь одну сторону: съ ними не борются, съ ними не считаются— non ragionam di lor, ma guarda e passa.

IV

Еще другая упорная борьба двухъ правовоззрѣній имѣла мѣсто въ то время, когда уже была рѣшена побѣда суверенной власти надъ сословными привилегіями. Эпоха борьбы за конституціонное государство миновала, но разстояніе, отдѣляющее ее отъ современной эпохи, не такъ велико, чтобы смыслъ этой борьбы былъ скрытъ отъ нашего умственнаго взора. Конституціонное государство континента, опираясь на стародавнее ученіе о народѣ, какъ источникѣ всякой власти, уже при своемъ возникновеніи стало во многихъ государствахъ въ рѣзкое противорѣчіе съ теоріей о самодержавной, суверенной монархіи. Когда же требованіе конституціонной монархіи проникло въ государства съ прочно укоренившимся абсолютизмомъ, тогда обратились къ мысли о самоограниченіи повелителя свободнымъ пожалованіемъ конституціи. И этой формулой, заимствованной изъ круга идей эпохи реставраціи во Франціи, думали дать достаточное объясненіе новому государственному строю, не колебля основъ существовавшаго доселѣ. Но это—глубокое заблужденіе. Формулой: монархъ есть источникъ и носитель всей государственной власти (формула эта перешла во многія германскія конституціи, и германскій союзъ объявилъ ее непререкаемой нормой, опредѣляющей положеніе германскаго монарха относительно палатъ) невозможно дѣйствительно научно объяснить консти-

туціонное государство. Если вся государственная власть на самомъ дѣлѣ сосредоточена въ лицѣ монарха, то неясно, на основаніи чего онъ на вѣчныя времена обязанъ дѣлить ея осуществленіе съ другими. Монархъ, бывъ нѣкогда въ состояніи перенести на себя, въ силу присущаго ему суверенитета, сословныя права верховенства, можетъ, слѣдовательно, продѣлать это съ властью, которую онъ даровалъ палатамъ. Поступая такъ, онъ только беретъ то, что ему неотъемлемо принадлежитъ, и такой образъ дѣйствій ненаказуемъ. Вѣдь не только монархъ безотвѣтственъ, но при упраздненіи палатъ отсутствовала бы всякая возможность легальнымъ путемъ привлечь къ отвѣтственности хотя бы министровъ.

Да не подумаютъ, что это—одно только теоретическое утвержденіе. Такая логика, наоборотъ, нашла примѣненіе во многихъ государствахъ въ началѣ ихъ конституціонной эпохи. Во времена политики вмѣшательства со ссылкой на подобное построеніе были лишены силы конституціи Сардиніи, Неаполя и Испаніи, подтвержденныя монархами торжественной клятвой, а въ 1828 году Донъ-Мигуель отмѣнилъ португальскую конституцію, не взирая на то, что присягнулъ ей немногими недѣлями раньше. Руководствуясь этой точкой зрѣнія, Карлъ X издалъ свои іюльскіе ордонансы, и Эрнстъ Августъ упразднилъ ганноверскую конституцію, дарованную его братомъ. 4 марта 1849 года молодой король Францъ Іосифъ далъ своей странѣ конституцію, но 31 декабря 1851 года онъ объявилъ, что эта конституція теряетъ силу закона, такъ какъ она въ своихъ основахъ не соотвѣтствуетъ отношеніямъ австрійской имперіи и оказалась неосуществимой— и такимъ образомъ возродился абсолютизмъ, еще болѣе сильный, чѣмъ прежде. Пониманіе конституціоннаго государства, какъ длительнаго порядка, измѣняе-

мало только въ согласіи со свойственными ему правовыми условіями, возможно не иначе, какъ съ точки зрѣнія совершенно иного правосознанія, чѣмъ то, которое положено въ основу абсолютнаго государства. Въ романистически-канонической литературѣ среднихъ вѣковъ, подкрѣпляемой германскими правовыми идеями, возникло ученіе о корпоративной природѣ государства. Это ученіе, мало-по-малу получающее широкое распространіе, все яснѣе и яснѣе отпечатлѣвается на воззрѣніяхъ новаго времени. Согласно его основной мысли власть, свойственная государственной организаціи, всегда должна принадлежать только ей самой; всякое же отдѣльное лицо, какой бы высокій постъ ни занимало оно, существуетъ въ своихъ публично-правовыхъ функціяхъ только для цѣлаго и имѣетъ только ту власть, которая принадлежитъ ему сообразно съ государственнымъ строемъ. И эта основная идея современнаго государства о монархѣ, какъ его органѣ, нашла свое популярное выраженіе въ извѣстномъ изреченіи прусскаго короля. Сынъ того государя, который горделиво заявлялъ о себѣ: „вѣдь я господинъ и король“, объявилъ, что монархъ — первый слуга государства.

Оба изреченія, сопоставленныя другъ съ другомъ, знаменуютъ не только прогресъ въ направленіи отъ отца къ сыну, какъ это часто случается въ смѣнѣ поколѣній, но двѣ противоположныя, другъ съ другомъ несоединимыя государственно-правовыя системы. Что-нибудь одно: или монархъ — господинъ, или — слуга; или поставленъ надъ государствомъ, или входитъ въ составъ государства, но невозможно единовременно совмѣстить и то и другое. Этого, быть можетъ, не сознавалъ Фридрихъ Великій, съ его прирожденной природой властелина, но великіе принципы куда болѣе богаты послѣдствіями, чѣмъ о томъ догадывается тотъ, кто ихъ впервые высказалъ.

Если мы окинемъ взоромъ германское ученіе о государственномъ правѣ, то намъ откроется замѣчательное зрѣлище: многіе его представители сильно предубѣждены противъ формулы Фридриха. Это ясно замѣчается у тѣхъ прусскихъ писателей, въ которыхъ воскресъ, повидимому, духъ Фридриха Вильгельма I. Не всякому изъ нихъ даже этотъ король представляется образцомъ въ государственноправовомъ отношеніи. Они склонны скорѣе отдать пальму мудрости французскому королю-солнцу. Какъ разъ къ тому времени, когда—18 іюня 1888 г.—Вильгельмъ II, въ качествѣ прусскаго короля, въ своемъ манифестѣ въ духѣ своего великаго предшественника выразительно подчеркнулъ должностной характеръ королевской власти, одинъ берлинскій правовѣдъ *, полемизируя съ Фридрихомъ, съ похвальной для пруссаковъ откровенностью возвѣстилъ ученіе: „государство и повелитель—понятія тождественныя“. Единственно-правильное выраженіе этому монархическому принципу далъ Людовикъ XIV въ своемъ часто игнорируемомъ изреченіи: „государство — это я“. То, что этотъ писатель выразилъ открыто, то безъ труда можно прочесть между строкъ у другихъ.

Для того, однако, кто смотритъ на монарха, не какъ на органъ, но какъ на властителя государства или какъ на само государство, единственнымъ вытекающимъ отсюда съ логической необходимостью выводомъ будетъ тотъ, что для господина и короля невозможны въ юридическомъ смыслѣ никакія границы. Противоположное утвержденіе — пустая софистика и явное противорѣчіе. Правильные выводы изъ приведенныхъ посылокъ содержитъ одно новѣйшее изложеніе саксонскаго государственнаго права, гдѣ доказывается,

---

* Борнгакъ. Примѣч. перев.

что король, какъ обладатель высшей власти въ государствѣ, никогда не можетъ занимать подзаконнаго положенія и поэтому также не можетъ быть связанъ конституціей. Но король своимъ монаршимъ словомъ обѣщалъ хранить конституцію, и эта гарантія такъ же священна, какъ законъ. Здѣсь по крайней мѣрѣ съ отраднымъ прямодушіемъ признана невозможность выведенія изъ господствующей абсолютистской теоріи юридической связанности монарха конституціей. Но продуманныя до конца разсужденія тѣхъ, кто смотритъ на монарха, какъ на неизмѣннаго обладателя полномочій, принадлежащихъ парламенту, приводятъ въ сущности къ тому же результату. Если монархъ стоитъ надъ государствомъ или даже если онъ самъ—государство, то не ясно, на чье вообще право онъ посягаетъ, одностороннимъ соизволеніемъ отмѣняя конституцію—и весь вопросъ о нарушеніи конституціи изъ области юридической науки долженъ перейти въ область этики.

При нормальныхъ обстоятельствахъ этотъ споръ имѣетъ только академическое значеніе. Кромѣ того, въ государствахъ съ прочнымъ правопорядкомъ едва ли слѣдуетъ опасаться тяжкихъ нарушеній конституціи, какія еще бывали въ прошломъ столѣтіи. Конечно, и теперь нѣтъ недостатка въ побудительныхъ основаніяхъ для восхваленія государственныхъ переворотовъ, какъ средства исцѣленія дѣйствительныхъ или мнимыхъ золъ государственной жизни. Однако государственная мудрость нашихъ дней убѣждена въ томъ, что подобные совѣты—если воспользоваться здѣсь извѣстнымъ выраженіемъ Пуфендорфа—скорѣе наводятъ на мысль о палачѣ, чѣмъ о врачѣ. Избѣгнуть страшнаго потрясенія народнаго правосознанія, сопряженнаго со всякой революціей,—откуда бы она ни шла, снизу или сверху—вотъ, чего требуетъ здоровая государственная политика. Это требованіе

едва ли въ комъ-либо вызоветъ теперь сомнѣніе. Но предположимъ въ теоріи, что снова господинъ и король захочетъ возвыситься на продолжительное время надъ первымъ слугой государстрства: въ такомъ случаѣ въ государствовѣдахъ, готовыхъ оправдать нѣчто подобное, наврядъ ли будетъ ощущаться недостатокъ!

V

Предвидѣніе этого побуждаетъ насъ къ разсмотрѣнію глубочайшихъ основъ подобныхъ явленій, которыя никоимъ образомъ не ограничиваются областью права. Въ высшей степени знаменателенъ тотъ фактъ, что всякій прогресъ, всякое измѣненіе идей никогда не подымаетъ все общество до вновь достигнутой высоты. Всегда остаются приверженцы стараго порядка, ни за какую цѣну не желающіе принять новыя воззрѣнія. Даже если новая вѣра вполнѣ, повидимому, заступила мѣсто старой, какъ древняя церковь—мѣсто античнаго язычества, все-таки отголоски прежняго круга представленій даютъ себя знать до настоящаго времени. Стародавнія, повидимому давно уже опровергнутыя ученія опять вызываются изъ своихъ могилъ къ жизни или хотя бы къ мнимой жизни. При томъ мѣрила цѣнности, прилагаемыя нами къ историческимъ явленіямъ, даже если знаніе объ этихъ послѣднихъ остается неизмѣннымъ, постоянно разнообразятся, такъ такъ они возникаютъ изъ отношенія данныхъ величинъ къ перемѣнчивому содержанію сознанія человѣческихъ поколѣній.

И правопорядокъ подверженъ вліянію такого непостоянства сужденій. Догматическая школа юристовъ германскаго государствовѣдѣнія пыталась выработать такое ученіе о публичномъ правѣ, которое, не считаясь—какъ это и подобаетъ праву—со споромъ и не-

постоянствомъ политическихъ воззрѣній, давало бы твердую объективную норму. Основаніе этой школы совпало съ возникновеніемъ Германской Имперіи. Умами основателей и учениковъ этой школы владѣло то чувство, что, наконецъ, послѣ долгихъ распрей нѣчто устойчивое, длительное и непреходящее водворилось на мѣсто прежней политической неурядицы. Политикѣ съ ея неясными растяжимыми принципами, съ ея партійными доктринами слѣдуетъ запретить возвышать свой голосъ во вновь воздвигнутомъ храмѣ объективнаго правопознанія. Но уже въ то класическое время даже неопытный глазъ въ ученіяхъ основателей могъ замѣтить противоположность вполнѣ опредѣленныхъ партійныхъ воззрѣній. Унитаризмъ, федерализмъ и партикуляризмъ, высокая и низкая оцѣнка полномочій парламентовъ и другіе политическіе масштабы цѣнности сознательно или безсознательно были привнесены въ постановку многихъ проблемъ. Къ тому же, время возникновенія юридической разработки государственнаго права было временемъ преимущественнаго господства въ имперіи либеральныхъ идей и партій, а это и на теорію наложило въ общемъ однообразный отпечатокъ. Но впослѣдствіи подросло новое поколѣніе, въ политическихъ воззрѣніяхъ котораго видна большая перемѣна, начавшаяся въ 1878 году, а въ 1888 г. съ перемѣной личности короля принявшая новое направленіе. Тогда въ основныхъ государственно-правовыхъ воззрѣніяхъ новыя политическія идеи не только появились, но и воздѣйствовали на многихъ писателей съ такой силой, что совершенно оттѣснили на задній планъ юридическое обсужденіе принципіальныхъ вопросовъ. Благонадежное, охранительное настроеніе сдѣлалось предметомъ гордости, трудъ доказыванія былъ замѣненъ воодушевленіемъ или огульной хулой взглядовъ противниковъ, а недопускающій возраженій жир-

ный шрифтъ сразу кладетъ предѣлъ всякому спору. Снова появилась на сценѣ старая политическая разработка государственнаго права, еле прикрытая юридической мантіей. Для нѣкоторыхъ государственное право теперь ужъ скорѣе—предметъ настроенія, а не познанія, и если въ средніе вѣка философія носила названіе служанки богословія, то и теперь нѣтъ недостатка въ попыткахъ поставить государственное право въ подобное же отношеніе къ партійной политикѣ, и поэтому въ настоящее время не всегда легко отыскать границы между наукой и офиціозной публицистикой.

Неудивительно, что при такомъ положеніи дѣлъ снова оживаетъ духъ исчезнувшихъ юридическихъ системъ для того, чтобы дать точку опоры тяжущимся для разрѣшенія очередныхъ вопросовъ государственной жизни. Такъ въ Германіи ученіе о королевской власти jure divino, подобно тому, какъ оно въ свое время проповѣдовалось съ той цѣлью, чтобы дать религіозную опору королевскому абсолютизму въ его борьбѣ и побѣдѣ, въ спорѣ за престолъ княжества Липпе было использовано, какъ аргументъ противъ допустимости закона о престолонаслѣдіи этого княжества, и старая смиренная формула „Божіею милостію“, заимствованная континентальными монархіями у англосаксонскаго королевства, сдѣлалась предметомъ юридическихъ дедукцій; такъ что тамъ, гдѣ были извлечены серьезные юридическіе выводы изъ сущности союза, заключеннаго нѣкогда Богомъ съ своимъ народомъ, невольно чувствуешь себя перенесеннымъ въ кругъ идей XVI столѣтія. Религіозное ученіе о божественномъ правѣ правительства имѣло большую практическую цѣнность въ эпоху, знавшую только монархическій и аристократическій строй, который слѣдовало оградить отъ демократическаго натиска. Но въ настоящее время,

когда такъ много государствъ организовано на демократическихъ началахъ, тотъ, для кого, согласно слову Писанія, всякое правительство поставлено отъ Бога, съ необходимостью долженъ задаться вопросомъ, находитъ ли предѣлъ „Божія милость“ въ Базелѣ или Аврикурѣ и даже по ту сторону океана. Однако этотъ современный политическій прерафаелизмъ, держась своихъ предпосылокъ, совсѣмъ не можетъ объяснить современную государственную жизнь.

Но это разсужденіе влечетъ за собой вопросъ большой важности. Требованіе, чтобы государствовѣдѣніе было свободно отъ предпосылокъ, какъ и всякое другое подобное притязаніе, равносильно требованію неисполнимаго. Самъ человѣкъ всегда является предпосылкой своего изслѣдованія, и этотъ человѣкъ немыслимъ, какъ tabula rasa, которая должна быть заполнена изслѣдователемъ. Всякій человѣкъ можетъ приступить къ объекту своего изслѣдованія только въ качествѣ продукта безконечнаго ряда культурныхъ воздѣйствій. Вѣдь естественно, что государствовѣдъ, разрабатывая свою отрасль науки, не въ состояніи вполнѣ обойтись безъ политическихъ убѣжденій. Кто былъ бы въ состояніи стремиться къ постиженію, въ какомъ бы то ни было отношеніи, человѣческихъ учрежденій, не придавая имъ никакой цѣны?

Но если это такъ, то возникаетъ проблема: откуда почерпнемъ мы познаніе истинныхъ предпосылокъ государствовѣдѣнія, которыя руководили бы нами при разрѣшеніи спора между старымъ и новымъ правомъ. О послѣднихъ основахъ нашего изслѣдованія здѣсь, какъ и повсюду, возможно не несомнѣнное знаніе, но только вѣрованіе, а единство вѣрованій такъ же трудно достижимо здѣсь, какъ и въ какой-либо другой области. Но въ наукѣ никоимъ образомъ не господствуетъ безпорядочный произволъ въ выборѣ вѣрованія. На-

оборотъ, для всякаго, кто надѣленъ наблюдательностью, несомнѣнно, что подобно тому какъ отдѣльная наука съ необходимостью должна занять свое мѣсто въ общей системѣ наукъ, такъ каждое научное теченіе, желающее выдержать критическое испытаніе, въ концѣ концовъ можетъ возрасти только на почвѣ законченнаго, цѣлостнаго міросозерцанія. Тотъ, кто хочетъ въ области государства воскресить духъ среднихъ вѣковъ, долженъ сумѣть доказать, что духъ этотъ пробуждается повсюду, что вся духовная работа столѣтій заслуживаетъ уничтоженія. Кто не въ состояніи сдѣлать этого и, однако, въ борьбѣ за принципы ученія о государствѣ надѣваетъ броню прошедшихъ столѣтій, тотъ въ лучшемъ случаѣ напоминаетъ извѣстнаго героя, думавшаго, что рыцарство еще существуетъ въ ту эпоху, которая уже давно переросла его. Я говорю—въ лучшемъ случаѣ, ибо благородный рыцарь изъ Ламанчи былъ, по крайней мѣрѣ, человѣкомъ, неспособнымъ на компромисы и оппортунизмъ.

Такимъ образомъ только во всемъ знаніи данной эпохи можетъ быть найденъ масштабъ для измѣренія достоинствъ и недостатковъ политическихъ принциповъ, которые должны быть положены въ основаніе рѣшенія борьбы между старымъ и новымъ правомъ. При всей противоположности мнѣній, неизбѣжно сопряженной со всякимъ процесомъ оцѣниванія, съ этой универсальной точки зрѣнія возможность выбора масштабовъ для оцѣнки ограничена. Эриніи могли устрашать того, кто въ нихъ вѣрилъ, въ современномъ намъ мірѣ для нихъ болѣе нѣтъ мѣста. Конечно, будущему суждено пережить новую борьбу между старымъ и новымъ правомъ. Новыя историческія и соціальныя отношенія породятъ впослѣдствіи новыя юридическія системы. Въ послѣднее время новый правопорядокъ, который еще недавно подвергался со сто-

роны многихъ только насмѣшкамъ и на который многіе сверхъ-мудрецы и теперь еще смотрятъ искоса, получилъ нежданное распространеніе и силу. Международное право, этотъ оплотъ все разрастающагося международнаго общенія, сдѣлалъ въ послѣдніе годы такіе успѣхи, предвидѣть которые прошлое поколѣніе было не въ состояніи. Все тѣснѣе охватываетъ цивилизованныя государства юридическая связь, война и миръ вводятся все въ болѣе и болѣе тѣсныя правовыя рамки. Организація союза государствъ вырисовывается уже въ первыхъ неясныхъ очертаніяхъ. Какъ далеко она со временемъ подвинется впередъ, объ этомъ мы не можемъ теперь даже догадываться. Между государственнымъ и международнымъ правомъ даже въ настоящее время возможны конфликты, и они на самомъ дѣлѣ случаются. Съ прогресомъ права межгосударственнаго общенія по всѣмъ вѣроятіямъ эти конфликты будутъ усиливаться. Они будутъ разрѣшаться только тѣмъ путемъ, что право одного порядка склонится передъ правомъ другого. Уладить такое соперничество—не наша задача; ее мы предоставляемъ потомству.

Будущее—не предметъ знанія, но вѣры. Изъ прошлаго мы можемъ почерпнуть увѣренность, что борьба правопорядковъ призвана къ тому, чтобы привести человѣчество къ болѣе высокой ступени нравственнаго развитія.

КОНЕЦЪ.

КНИГОИЗДАТЕЛЬСТВО

„ЗАРАТУСТРА“

А. Амонъ, проф. Брюсельскаго Университета и Вольной Школы Соціальныхъ наукъ въ ПарижѢ. **Соціализмъ и Анархизмъ.**—**Соціологическіе этюды.**—Переводъ съ французскаго подъ редакціей и съ предисловіемъ приватдоцента **А. А. Борового.** Цѣна **50** коп.

Жоржъ Роденбахъ. — **Покрывало.** Драма. Переводъ въ стихахъ Эллиса. Цѣна **50** коп.

С. Роговинъ.—**Деизмъ и Давидъ Юмъ.**—Анализъ «Діалоговъ о Естественной Религіи». Цѣна **75** коп.

Шарль Бодлэръ.—**Цвѣты зла.** Полный переводъ Эллиса, съ предисловіемъ Валерія Брюсова.

ГЛАВНЫЙ СКЛАДЪ
Т-во И. Н. КУШНЕРЕВЪ и К°, Москва, Пименовская, с. д.

TEKA

Цѣна 40 коп.

Главный складъ: Т-во И. Н. Кушнеревъ и К°.
МОСКВА, Пименовская улица, соб. домъ.

типо-лит. Т-ва И. Н. КУШНЕРЕВЪ и К° МОСКВА.